

RESPOSTA À ACUSAÇÃO OU DEFESA PRELIMINAR?

Marcus da Costa Fernandes

Bacharel em Direito

Resumo

Este trabalho trata das formas de defesa *resposta à acusação e defesa preliminar*, previstas no processo penal brasileiro, em procedimentos comum e especial, respectivamente. Este estudo tem como objetivo principal apontar as principais particularidades, momento adequado de utilização no processo e principais diferenças desses instrumentos jurídicos. Utilizando uma metodologia de abordagem dedutiva, esclarecendo ideias por intermédio de uma cadeia de raciocínio, ou seja, do geral para o particular, a partir de uma pesquisa doutrinária atinente à matéria e da análise prática de processos criminais, pudemos perceber que a utilização da terminologia adequada e a espécie de defesa cabível, pelos operadores do direito, faz-se relevante no processo penal, precipuamente em virtude das características distintas desses institutos jurídicos.

Palavras-chave: Defesa. Antecipada. Instrumentos. Criminal.

Abstract

This paper deals with the ways of defense response to the prosecution and preliminary criminal defense, predicted in Brazilian criminal proceedings, in common and special procedures, respectively. This study's main objective is to land the main peculiarities, proper time of use in the process and the main differences of these legal instruments. Using a methodology of deductive approach, clarifying ideas through a chain of reasoning, ie, from general to particular, from a doctrinaire study referent to the matter and analysis of criminal practice, we realize that the use of terminology adequate and appropriate kind of defense, by the operators of law, it is relevant in criminal proceedings, primarily because of the distinct characteristics of legal institutions.

Keywords: Defense. In advance. Instruments. Criminal.

1 Introdução

Nos procedimentos criminais, previstos na legislação processual penal e em leis especiais, existem instrumentos jurídicos que podem ser utilizados pela defesa, objetivando repelir antecipadamente as acusações contra si imputadas, a fim de propiciar a absolvição sumária ou a rejeição da denúncia ou da queixa, apresentando ao magistrado causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade, de tipicidade e de punibilidade ou maiores elementos que subsidiem o juízo de inadmissibilidade da peça inicial acusatória, evitando-se lide prejudicial e temerária ao denunciado. Esses elementos são formas de oportunizar e consagrar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, apresentando-se de forma relevante no contexto do processo penal brasileiro.

A *resposta à acusação* é prevista no procedimento comum ordinário e sumário, conforme se depreende da literalidade do art. 396, *caput* do Código de Processo Penal, tratando-se de meio de defesa obrigatório em que se oferece oportunidade para que o acusado, em dez dias, possa retorquir às acusações por meio da arguição de preliminares, documentos, testemunhas, provas e alegações fundamentadas em geral. Nesses ritos, a formação do processo penal e o início da ação penal já estarão completados pela citação do acusado, conforme o comando inserto no art. 363 do CPP, uma vez que a resposta à acusação ocorre posteriormente à citação.

O instituto da *defesa preliminar* é previsto em procedimentos especiais, apresentando a denominação de *resposta por escrito*, nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos (art. 514 do CPP); de *defesa prévia* e *defesa preliminar* na legislação de drogas (Lei nº 11.343/06); de *responder à acusação* no procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95); e de *oferecimento de resposta* no que tange à competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90). Trata-se de mecanismo de defesa previsto no nosso ordenamento jurídico que pode ser aplicado, entre o oferecimento e o recebimento da peça inicial acusatória, antes da formação completa do processo por meio da citação, a fim de que a defesa possa apresentar argumentos que deem causa ao afastamento do início da ação penal, com a rejeição da denúncia ou da queixa.

Em virtude de inovação ocorrida na legislação processual penal, que inseriu o termo resposta à acusação, não possuindo este semelhança com a antiga defesa prévia, regrada anteriormente no Código de Processo Penal, necessário se faz

compreender as características e peculiaridades desta forma de defesa, assim como nos permitir diferenciá-la e conhecer a aplicação da defesa preliminar, a serem analisadas nas linhas seguintes.

2 Resposta à acusação

Com o advento da Lei nº 11.719/08, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, trazendo uma reformulação nos procedimentos para processo e julgamento de infrações penais, foi dada nova redação ao art. 396 e inserido o art. 396-A que expressam:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para *responder à acusação*, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (destacado)

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (destacado)

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

A referida lei, com a inserção dos dispositivos acima transcritos, afastou a antiga *defesa prévia*, anteriormente utilizada na instrução processual penal, que tinha a finalidade precípua de apresentar o rol de testemunhas, após o interrogatório do réu.

No contexto atual, oferecida a peça processual da ação penal, o magistrado, em caso de recebimento, citará o acusado para *responder à acusação*. Percebe-se que, neste momento, o réu tomará conhecimento de todos os termos da acusação, cientificando-se do processo e da acusação que lhe é dirigida, formando-se a ação penal, conforme a dicção do art. 363

do CPP que disciplina “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”.

Nesse passo, verifica-se que, para se chegar ao momento da defesa manifestar-se em forma de *resposta à acusação*, anteriormente deverá ocorrer o recebimento da denúncia ou da queixa, bem como a citação do acusado, conforme se depreende do alcance dos artigos 396 e 396-A, acima citados. Porquanto, ao promover sua primeira manifestação de defesa, já haverá para o acusado a ação penal devidamente constituída.

Nesse raciocínio, é de todo oportuno gizar o magistério dos ínclitos autores, Távora e Alencar (2011, p. 732/733), os quais expressam:

Com a reforma processual penal, o rito ordinário foi invertido. O despacho de recebimento da petição acusatória (causa interruptiva da prescrição) importará no começo de uma fase preliminar de defesa, que se inicia com a citação do acusado para apresentar resposta, no gojo da qual poderá ‘arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação quando necessário’ (art. 396-A, CPP). Se o réu excepcionar (exceção de incompetência, de suspeição, etc.), o incidente deve ser processado em apartado na forma dos artigos 95 a 112, do Código.

A resposta à inicial acusatória é peça obrigatória. Não tem similitude com a defesa prévia, antes regrada pelo CPP, que não tinha outra finalidade senão a de apresentar rol de testemunhas. Agora, o juiz tem autorizativo legal expresso para julgar antecipadamente o mérito penal quanto estiver comprovada situação fática ou jurídica que autorize provimento que afaste o pedido condenatório (art. 397, CPP).

A obrigatoriedade da manifestação da defesa é verificada no § 2º do art. 369-A do CPP, uma vez que, se não houver a constituição de defensor por parte do réu, o juiz nomear-lhe-á defensor para oferecê-la no prazo de dez dias.

A finalidade da *resposta à acusação* é de permitir que o acusado apresente argumentos de defesa, na forma do art. 396-A, *caput* do CPP, visando a afastar o desenvolvimento da ação penal, convencendo o julgador que incidem, naquela ação, causas permissivas da absolvição sumária, *ex vi* do disposto na literalidade do art. 397 do CPP, extinguindo-se o processo.

Veja-se que, em casos de excludente de ilicitude, de culpabilidade, de tipicidade e de punibilidade, é extremamente benéfico ao denunciado afastar a ação penal, em sede de fase preliminar de defesa, por meio da *resposta à acusação*, recebendo, *ab initio*, resposta estatal favorável ao que lhe é atribuído, evitando-se o prosseguimento do processo para, somente ao final, receber uma decisão absolutória.

O oferecimento de *resposta à acusação* e a consequente possibilidade do acusado ser absolvido sumariamente, antes da realização da audiência, prevista nos artigos 399 e 400 do CPP, apresentam-se como aspectos inovadores trazidos pela reforma do Código de Processo Penal.

Diante da recente mudança, ainda é perceptível em processos criminais a utilização indevida do termo *defesa prévia* ao invés de *resposta à acusação*. Esta imperfeição técnica deve ser afastada pelos operadores do direito ao atuarem na ação penal, especificamente nos ritos ordinário e sumário, considerando a exclusão daquela e a inserção desta, por intermédio das modificações trazidas pela Lei nº 11.719/08.

A antiga defesa prévia era prevista no antigo art. 395 do CPP, para o procedimento comum ordinário e também no art. 537 do mesmo texto legal, para o procedimento comum sumário. Com a vigência da Lei nº 11.719/08, o primeiro dispositivo acima referido sofreu alteração, passando a tratar da rejeição da denúncia ou da queixa, enquanto que o segundo foi totalmente revogado. Esse meio disponível para a defesa, antes da reforma, consistia em uma inicial peça técnica que poderia ser produzida pelo defensor objetivando, preponderantemente, arrolar testemunhas e comumente indicar a pretensão de demonstrar a veracidade dos fatos ou a inocência do réu ao longo da instrução.

Percebia-se, nas hipóteses acima, que precedia a defesa prévia o recebimento da denúncia ou da queixa, a citação do réu, a notificação da acusação, bem como a realização do interrogatório, já estando formada ação penal.

É o que se extrai, consoante a inteligência dos artigos do Código de Processo Penal, vigentes antes das modificações:

Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente.

Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório

ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Art. 396. Apresentada ou não a defesa, proceder-se-á à inquirição das testemunhas, devendo as da acusação ser ouvidas em primeiro lugar.

Parágrafo único. Se o réu não comparecer, sem motivo justificado, no dia e à hora designados, o prazo para a defesa será concedido ao defensor nomeado pelo juiz.

Art. 537. Interrogado o réu, ser-lhe-á concedido, se o requerer, o prazo de três dias para apresentar defesa, arrolar testemunhas até o máximo de três e requerer diligências.

Parágrafo único. Não comparecendo o réu, o prazo será concedido ao defensor nomeado, se o requerer.

A corroborar o exposto acima, merece ser trazido a lume o magistério do renomado doutrinador Nucci (2007a, p. 629) que preleciona, *ad litteram*:

A defesa prévia é a primeira peça de defesa escrita, produzida pela defesa técnica. Note-se que, no interrogatório, pode o réu ter fornecido ao juiz, se não se valeu do direito ao silêncio, a primeira versão oral da sua defesa, considerada a autodefesa. Na defesa prévia, não costumam os defensores adiantar suas teses, limitando-se a alegar que a inocência do réu será demonstrada ao final da instrução. É o momento, no entanto, de arrolar testemunhas.

Ultrapassada essa fase, está precluído esse direito, nunca se devendo olvidar, no entanto, que, em nome dos princípios da verdade real e da ampla defesa, pode a defesa solicitar, posteriormente, a inquirição de alguma testemunha indispensável para a prova da inocência do acusado. Se deferido pleito, será essa pessoa ouvida como testemunha do juízo. Outras provas podem ser, também, requeridas na defesa prévia, tal como a requisição de documentos ou a realização de perícia.

A ausência de defesa prévia não é causa de nulidade, desde que se tenha dado a oportunidade para a sua apresentação. Afinal, como se disse, o mais importante nessa fase é o oferecimento do rol de testemunhas. Se não houver interesse na prova testemunhal, é possível fique a defesa inerte. Aliás, note-se o dispositivo no início do art. 396 do CPP: “Apresentada ou não a defesa”, demonstrando o seu caráter de facultatividade.

A resposta à acusação também não pode ser confundida com manifestações preliminares ocorridas em procedimentos especiais, como as previstas nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, na lei de drogas, nos juizados especiais criminais e nos processos de competência originária dos

tribunais, haja vista que estes possuem aspectos e momentos distintos da resposta à acusação.

São elementos caracterizadores da *resposta à acusação*, o que a diferencia do que ocorre na *defesa preliminar*, adiante tratada: a existência do recebimento da denúncia, que é marco interruptivo da prescrição; a citação do acusado, com o início da ação penal; prazo de dez dias, contados do efetivo cumprimento do mandado de citação; apresentação do rol de testemunhas, sendo 8 (oito) no rito ordinário e 5 (cinco) no rito sumário; arguição de preliminares; dedução de alegações que interessam à defesa do acusado; apresentação de documentos e justificações; especificação de provas a serem produzidas; possibilidade da arguição de exceção que deverá ser processada em autos apartados.

Nessa fase, preconiza-se a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo penal, como se segue:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo e equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 32)

Entretanto, não necessariamente o acusado, por intermédio de seu procurador particular ou defensor, apresentará todos os elementos de sua defesa, podendo se limitar na apresentação de resposta à acusação sucinta e genérica, como estratégia de defesa, evitando antecipar seus argumentos e facilitar o tralhado da acusação. Todavia, havendo viabilidade de uma argumentação mais contundente, a ser analisada no caso concreto, poderá ensejar, de início, uma absolvição sumária nos autos.

3 Defesa preliminar

3.1 Crimes de responsabilidade de funcionários públicos

O procedimento dos crimes praticados por funcionários públicos no exercício da função é disciplinado nos artigos 513 a 518 do CPP, aplicável aos

crimes funcionais dos artigos 312 a 326 do Código Penal, dentre aqueles considerados afiançáveis.

Nesse procedimento especial, há a previsão da *defesa preliminar*, sob a denominação de *resposta por escrito* ou *resposta preliminar*, conforme se depreende do alcance do art. 514, *caput* e parágrafo único do CPP, que expressam:

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a *notificação do acusado*, para *responder por escrito*, dentro do prazo de quinze dias. (destacado)

Parágrafo único. Se não for conhecida a residência do acusado, ou este se achar fora da jurisdição do juiz, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a *resposta preliminar*. (destacado)

Analisando o texto legal acima, infere-se que, nesse rito, é dada oportunidade ao denunciado por crime funcional de ser notificado para apresentar *defesa preliminar*, no prazo de quinze dias, ficando os autos à disposição em cartório e podendo apresentar documentos e justificações nas suas manifestações.

Evidencia-se que a legislação trouxe um tratamento especial ao funcionário público que foi denunciado por crime funcional, permitindo uma manifestação de defesa antes mesmo da formação da relação processual.

Nesse raciocínio, o renomado autor Mirabete (2003, p. 559), assevera que

Excepcionalmente, nos crimes de responsabilidade de funcionário público se prevê a possibilidade do contraditório antes do recebimento da denúncia ou da queixa com a apresentação do que se denomina *defesa preliminar*, *resposta preliminar*, *contraditório vestibular* ou *audiência prévia do acusado*. (destacado)

[...] Assim, a notificação prévia é indispensável em qualquer ação penal movida ao funcionário pelos delitos funcionais. Tem se entendido, porém, que não é ela devida se houver conexão com crime comum, imputado na mesma denúncia. Deve porém ser possibilitada a defesa preliminar ao acusado a quem é atribuída a prática do crime de responsabilidade pelo aditamento da denúncia. Como a notificação para a defesa preliminar foi instruída para as hipóteses em que a ação penal contra funcionário público pela prática de crime funcional foi instaurada em virtude de representação, é ela dispensável quando a exordial tem apoio em inquérito policial.

Dessa forma, diversos julgados já decidiram no sentido de que a falta da concessão de prazo para o oferecimento da defesa preliminar é causa de nulidade relativa, a depender da prova de prejuízo, sendo desnecessária quando consubstanciar em inquérito policial, consoante a Súmula 330 do STJ, que assevera: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal na ação penal instruída por inquérito policial”.

A corroborar com o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Nucci (2007, p. 651) que expressa: “A justificativa para haver a defesa preliminar, adotando-se procedimento especial, é a ausência de inquérito policial, dando sustentação à denúncia, razão pela qual, quando o inquérito for feito, inexistente razão para seguir este rito”.

Note-se que a *resposta por escrito* ocorre entre o oferecimento e o recebimento da denúncia ou da queixa, podendo estas serem rejeitadas fundamentadamente pela autoridade judicial, se ficar convencido da inexistência de crime ou da improcedência do pedido condenatório da ação penal. Nesse contexto, a ação penal somente se formará posteriormente, com a citação e após o recebimento da peça acusatória, caso não seja rejeitada, segundo o comando inserto nos artigos 515 a 517 do CPP.

Destarte, com a *defesa preliminar*, no procedimento especial dos crimes funcionais, pode ser evitada uma situação de constrangimento ilegal, baseado em informações infundadas em desfavor do funcionário público denunciado, assim como pode ser evitado o recebimento da peça processual da ação penal em questão e o consequente afastamento desta, sendo meio disponível e benéfico à defesa.

3.2 Legislação de drogas

A Lei nº 11.343/06 que estabeleceu, dentre outras diretrizes, normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas previu, nos artigos 54 a 59, procedimento especial na instrução criminal voltado à persecução penal de ilícitos dessa natureza, possibilitando ao acusado a denominada *defesa preliminar* ou *defesa prévia*.

Segundo Silva (2008, p. 206), “A nova lei acabou com o interrogatório duplo que existia sob a égide da Lei nº 10.409/02, não obstante mantivera a defesa prévia, após o oferecimento da denúncia, e antes do seu recebimento”.

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o disposto nos artigos 55 e 56 da Lei nº 11.343/06, *ipsis litteris*:

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

Acerca dos termos *defesa prévia*, *defesa preliminar* e *razões de defesa*, insertas no art. 55, *caput* e § 1º, da precitada norma, necessário se faz trazer à baila os ensinamentos do eminente Nucci (2007b, p. 361/362), *verbo ad verbum*:

Resposta do denunciado: a redação do § 1º deste artigo é defeituosa. No *caput*, o legislador menciona o oferecimento de defesa prévia, passando, neste parágrafo, a denominá-la de preliminar. Por outro lado, explicita que o *acusado* (termo impróprio), pois a denúncia ainda não foi recebida; cuida-se de denunciado) pode apresentar resposta, consistente em *defesa preliminar* e *exceções*. A primeira expressão é dispensável (defesa preliminar), pois já consta do *caput*, embora em outras palavras. [...] Sob outro aspecto, se quis mencionar o termo *justificação*, como razão de defesa, incidiu em mera repetição. Se a finalidade era propor o termo como sinônimo de excludente de ilicitude, que, em direito penal, também se denomina *justificativa*, utilizou a terminologia equivocada e, ademais, estaria embutida tal hipótese nas *razões de defesa*. Termina, referindo-se à possibilidade de especificar provas e arrolar até cinco testemunhas. Em suma, estendeu-se demais, repetiu-se e, como várias vezes ocorre, trouxe à lei palavras inúteis.

Ante os aspectos acima, infere-se que, nesse procedimento, entre o oferecimento e o recebimento da denúncia, o acusado é notificado para, no prazo de dez dias, apresentar *defesa preliminar*, terminologia que seria a adequada, ao contrário do termo *defesa prévia*, utilizada no *caput* do artigo, podendo oferecer as razões de seus argumentos, arguir preliminares, apresentar documentos e justificações, bem como provas que pretende produzir.

Ressalta-se que, nessa fase, a formação da relação processual ainda não ocorreu, diferentemente do que ocorre na *resposta à acusação*, haja vista que somente após o oferecimento de *defesa preliminar* é que o juiz receberá a denúncia, caso entenda que estejam presentes os seus requisitos, consoante o disposto na literalidade do art. 56 do texto da supracitada lei. Trata-se, pois, de fase obrigatória, uma vez que, se o advogado constituído pelo denunciado não se manifestar preliminarmente ou se for carente na forma da lei, o juiz deverá nomear defensor dativo, para oferecer a defesa no prazo de dez dias.

Ante o exposto, a *defesa preliminar*, no procedimento especial concernente aos crimes relacionados a drogas, permite a utilização de argumentos e fundamentos defensivos, objetivando convencer o magistrado a não receber a peça inicial acusatória, afastando a ação penal, *in limine*, considerando-se meio de defesa relevante, notadamente em razão da gravidade dos crimes por esta lei tratados e das elevadas penas correspondentes.

3.3 Juizados especiais criminais

A Lei nº 9.099/95 instituiu o denominado Juizado Especial Criminal, destinado à conciliação, ao julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas aquelas em que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, bem como as contravenções penais, consoante alterações trazidas pela Lei nº 11.313/06.

Seguindo estas inovações, a Lei nº 10.259/01 criou o Juizado Especial Criminal Federal, no âmbito da Justiça Federal, sendo aplicável em harmonia com o juizado da Lei nº 9.099/95, naquilo que não houver conflito.

No procedimento sumaríssimo, estabelecido nos artigos 77 a 83 da Lei nº 9.099/95, destaca-se, notadamente, a existência da *defesa preliminar*, sob a denominação de *responder à acusação*, *ex vi* do disposto no artigo 81, *ad litteram*:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para *responder à acusação*, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. (descatado)

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Nessa esteira, oferecida a denúncia ou a queixa, será esta reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado que ficará citado, e, na audiência de instrução e julgamento, primeiramente se dará a palavra ao defensor para *responder à acusação* e, em sequência, é que o juiz poderá receber a peça acusatória.

A contribuir com o exposto, necessário se faz citar os ensinamentos abaixo transcritos:

Note-se, aqui, que o procedimento parecer ter servidor de base para o texto da Lei 11.719/08, que tão profundas alterações promoveu no processo penal brasileiro. Para todo o processo em primeira instância (art. 394, § 4º, CPP) para hipóteses de reconhecimento de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, de atipicidade manifesta e de extinção da punibilidade. E o recurso contra aludidas decisões também será o de apelação (art. 416, CPP).

No entanto, não será esse o tratamento no rito sumaríssimo. Aqui, segue-se com a decisão de rejeição da denúncia ou queixa, seja com fundamento em questões *processuais*, seja em razão de atipicidade manifesta, por exemplo. Apenas quando se tratar de extinção da punibilidade, a nosso aviso, se deverá absolver sumariamente o acusado. Não porque esteja previsto em lei; não está, aliás. Mas, por isonomia no tratamento de situações idênticas, na medida em que a decisão de absolvição sumária é mais favorável que o simples reconhecimento de causa extintiva da punibilidade

E não se aplicará as regras dos arts. 395 ao 397, CPP, por manifesta incompatibilidade entre os sistemas (processo condenatório e comum e processo conciliatório dos Juizados). Não bastasse, veja-se que o art. 396, CPP, não inclui o processo sumaríssimo nas suas disposições. (OLIVEIRA, 2008, p. 608)

Responder à acusação é a oportunidade que se confere à defesa para apresentar a *defesa preliminar*, de forma oral, a fim de apresentar as razões pelas quais entende não ser cabível o recebimento da denúncia ou da queixa pelo magistrado, reduzindo-se a termo, bem como podendo ser apresentada mediante petição escrita e entregue na audiência.

A *defesa preliminar* no procedimento dos juizados criminais, assim como ocorre no procedimento da lei de drogas e nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, é oportunizada entre o oferecimento e o recebimento da inicial acusatória, objetivando sua rejeição e evitando-se a formação do processo penal, permitindo à defesa, no limite inicial da ação penal, afastar a sua constituição, questionando e fundamentando a inexistência de justa causa.

3.4 Competência originária dos tribunais

A instituição de normas procedimentais para processo perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal foi estabelecida com o advento da Lei nº 8.038/90, sendo estendida às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, com relação à ação penal originária, por meio da Lei nº 8.658/93.

No processo de competência desses tribunais, o art. 4º da Lei nº 8.038/90 prevê o seguinte teor:

Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a *notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias*. (destacado)

§ 1º - Com a notificação, serão entregues ao acusado cópia da denúncia ou da queixa, do despacho do relator e dos documentos por este indicados.

§ 2º - Se desconhecido o paradeiro do acusado, ou se este criar dificuldades para que o oficial cumpra a diligência, proceder-se-á a sua notificação por edital, contendo o teor resumido da acusação, para que compareça ao Tribunal, em cinco dias, onde terá vista dos autos pelo prazo de quinze dias, a fim de apresentar a resposta prevista neste artigo.

Art. 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - Na ação penal de iniciativa privada, será ouvido, em igual prazo, o Ministério Público.

A possibilidade de *oferecer resposta* nada mais é do que a *defesa preliminar* admissível no procedimento especial de competência originária dos tribunais, uma vez que, apresentada a peça acusatória, deverá o denunciado ou o querelado ser notificado para oferecer resposta no prazo de quinze dias, sendo-lhe entregues peças dos autos para melhor fundamentar sua inicial defesa, antes mesmo de formada a relação processual com a citação, que somente ocorrerá após o recebimento da denúncia.

Nesse raciocínio, o momento da *defesa preliminar* ocorre entre o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa.

Nesse sentido, Oliveira (2008, p. 624) afirma que

Tal como ocorre nos procedimentos dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos (art. 513 e seguintes), o tribunal, antes de receber a denúncia, deve notificar o acusado, para que este ofereça a resposta, ou contestação, no prazo de 15 dias.

Pesamos ser perfeitamente aplicável às ações penais originárias o disposto no art. 366 do CPP, quando se tratar de réu, citado por edital, que não compareça perante o tribunal nem constitua defensor. O que deve ser preservado, e esse é a *ratio essendi* da norma, é a possibilidade de efetiva defesa do acusado citado por edital.

Destaca-se neste procedimento que, caso a *defesa preliminar* apresente novos documentos, a parte contrária será intimada para se manifestar, inclusive, na ação privada, o Ministério Público, formando-se uma espécie de contraditório preliminar antes de sequer ser formada a ação penal originária.

O comando normativo deste procedimento ainda vai mais além, ao permitir que seja facultada sustentação oral às partes, em audiência designada para decidir acerca do recebimento ou rejeição da exordial acusatória ou a improcedência do pedido da acusação.

Em suma, é possível que a defesa apresente *defesa preliminar* e sustente em audiência os seus argumentos, objetivando afastar o recebimento da denúncia ou da queixa. É o que se extrai do disposto na literalidade dos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

§ 1º - No julgamento de que trata este artigo, será facultada sustentação oral pelo prazo de quinze minutos, primeiro à acusação,

depois à defesa.

§ 2º - Encerrados os debates, o Tribunal passará a deliberar, determinando o Presidente as pessoas que poderão permanecer no recinto, observado o disposto no inciso II do art. 12 desta lei.

Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Percebe-se que somente após o recebimento da acusação, caso o tribunal assim decida e não acolha os fundamentos da *defesa preliminar*, é que o acusado ou querelado será citado, quando se formará a ação penal.

Do exposto, extrai-se que a *defesa preliminar* pode viabilizar o descarte da peça acusatória, com sua rejeição pelo tribunal, possuindo similitude com as formas de defesa antecipadas previstas no procedimentos especiais acima delineados.

4 Considerações finais

O presente conteúdo não teve a pretensão de esgotar o tema *resposta à acusação* ou *defesa preliminar*, mas sim de traçar os principais aspectos, peculiaridades, momento adequado de aplicação, distinção, efeitos e consequências, destas espécies de defesa previstas na legislação vigente, tanto no procedimento comum, quanto em procedimentos especiais.

Outrossim, teve o intuito de fazer com que os operadores do direito possam refletir acerca do uso da terminologia adequada, de acordo com a espécie de defesa a ser apresentada e o procedimento correspondente, fazendo com que os receptores da área jurídica os identifiquem de maneira mais clara e sucinta. A distinção destes elementos pelos juristas demonstra conhecimento técnico e jurídico, fazendo-se relevante na prática processual penal com a qualificação das peças e do processo criminal como um todo.

Uma análise sistematizada da *resposta à acusação* e da *defesa preliminar*, em consonância com a legislação atual e com o relevante conteúdo jurídico doutrinário, referenciado nestas linhas, permite-nos perceber que estas formas de defesa são institutos que, em que pese apresentarem elementos e oportunidades distintas, são ferramentas essenciais ao pleno exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, permitindo que a defesa promova o afastamento sumário da ação penal iniciada, com a *resposta à acusação* ou provoque a rejeição da exordial acusatória por meio da *defesa preliminar*.

Referências

- CERA, Denise Cristina Mantovani. *No que consiste a defesa preliminar?*. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG, 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110212153902488&mode=print>. Acesso em: 27 out. 2011.
- MARCONI, Maria Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 10. ed. Campinas: Millennium, 2008.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.